

MARIANA SAYURI MOTA DE ABREU IWASA

ESTUPRO DE VULNERÁVEL
validação do consentimento do adolescente menor de 14 anos

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Prof. Orientador: George Leite

Brasília
2009

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
INTRODUÇÃO	4
1 A LEI 12.015/2009 E SUAS IMPLICAÇÕES.....	8
2 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL.....	18
2.1 DOS CRIMES SEXUAIS E A ORDEM JURÍDICA INTERNA	19
2.2 VALORAÇÃO MORAL E SEXUAL NO DIREITO PENAL.....	22
3 O ADOLESCENTE MENOR DE 14 ANOS.....	31
3.1 O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA	32
3.2 O CONSENTIMENTO DO MENOR DE IDADE SEGUNDO O ECA.....	37
4 AS PROVAS NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL.....	42
5 NECESSÁRIA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DO ACUSADO	47
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS.....	53

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar a necessidade de adaptação da interpretação do Direito face às constantes transformações sócio-culturais da sociedade. As normas jurídicas não devem ter interpretação rígida, devendo adaptar-se aos princípios ético-morais prevaletentes em determinado período histórico de determinada sociedade e ainda buscar a satisfação da finalidade da lei, e não apenas sua aplicação irrestrita. A importância do consentimento da vítima nos crimes contra a liberdade sexual deve ser analisada com especial cautela, principalmente quando se trata de jovens adolescentes (maior de 12 e menor de 14 anos de idade). A realidade social demonstra que a maturação acontece cada vez mais cedo, assim como o acesso à educação sexual e o despertar da sexualidade. Outrossim, deve-se considerar a diferenciação que o Estatuto da Criança e do Adolescente faz entre a validade do consentimento dado pela criança (assim considerada até os 12 anos incompletos) e pelo adolescente. Sob a ótica imperativa do respeito à dignidade humana, deve prevalecer sempre a busca da verdade real, sob pena de mitigarem-se o princípio da presunção de não-culpabilidade e o direito ao devido processo legal: dois pilares fundamentais do Direito Processual Brasileiro.

Palavras-chave: consentimento do menor, violência contra o adolescente, adolescente e sexualidade, princípios da legalidade, adequação social, dignidade humana.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade debater a relevância das modificações sócio-culturais e seus reflexos na esfera jurídica de determinada sociedade no decorrer de certo período histórico e a necessidade de levá-las em consideração quando da aplicação da lei penal. Sob essa ótica, o Direito deve ser entendido como reflexo das necessidades de organização e regulamentação das relações inter-pessoais existentes.

O tema “Estupro de Vulnerável” trata, dentre outras abordagens, do modo que a sociedade vê e reconhece o crime, assim como a aceitação e incorporação de condutas por parte dela própria, fenômeno que provoca muitas vezes a descriminalização popular da conduta, reforçando a idéia de que o Direito é aquilo que a sociedade diz em determinado tempo e espaço.

Dessa forma, a reflexão acerca da importância do consentimento da vítima menor de idade visa trazer à tona o debate sobre a dinâmica da própria sociedade, seja essa compreendida como centro e ninho do Direito. Nesse sentido, é necessária a visão do Direito como uma matéria interdisciplinar.

A relação entre norma e sociedade pode ser demonstrada de maneira muito simples. O século passado verificou intensas revoluções concernentes aos costumes, o que acarretou mudanças de paradigmas quanto a matérias intimamente ligadas ao tema, como a sexualidade e o preconceito e o papel do indivíduo na sociedade.

Ademais, os usos e costumes de uma sociedade representam, em larga medida, certo direito consuetudinário, lastreado em padrões ético-morais que refletem os valores cultivados ao longo dos anos naquele meio.

Dentro de uma sociedade, ao longo dos anos, muitas vezes, vão as pessoas realizando certos comportamentos, reiteradamente, no tempo, sempre de um mesmo modo. Com o passar dos dias, anos, décadas, todos resolvem obedecer a certa orientação, por entenderem necessária e proveitosa para a sociedade, de tal modo que chegam a considerar que estão obrigados a agir sempre daquela forma. [...] É o costume uma norma não escrita a que as pessoas obedecem, de modo uniforme e constante, na certeza de que são obrigadas a obedecê-la.

Segundo Aristóteles, o homem é um ser social; ou seja, necessita do convívio com seus semelhantes para preservar suas características humanas. Para que essa convivência seja pacífica e harmônica, são necessárias regras, que, por sua vez, surgem da própria sociedade como resultado de acordos expressos ou tácitos firmados entre os indivíduos, pactos pautados na ética construída e reconhecida como válida pelos membros da própria sociedade. Daí a importância da noção de contratualismo, independentemente da formulação proposta por cada pensador ao longo da história.

Uma grande multidão institui a uma pessoa, mediante pactos recíprocos uns com os outros, para em nome de cada um como autora, poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.

Com a evolução das relações inter-pessoais e jurídicas, surgiu a necessidade de positivarem-se essas regras, dando-se origem ao ordenamento jurídico como vemos hoje. Esse ordenamento visa uniformizar padrões comportamentais, possibilitando um tratamento justo e isonômico aos seus subordinados. Também cria mecanismos punitivos, meios coercitivos para coibir condutas consideradas nocivas à própria sociedade.

Assim, podemos dizer que o ordenamento jurídico de uma sociedade provém de duas fontes principais: o direito positivado (leis) e as normas jurídicas (jurisprudência e doutrina). Essas últimas podem ser interpretadas como a forma de uma sociedade dizer o Direito. Surgem levando-se em conta os aspectos culturais e sociais de um povo e, materialmente, são derivados de interpretações doutrinárias e judiciais. Essas interpretações, por seu turno, servem-se de métodos de integração a serem adotados, como a interpretação teleológica, embasado na finalidade da lei, observando-se elementos históricos e político-sociais, por exemplo.

Todos esses entendimentos são de suma importância para a compreensão que se quer dar ao tema deste trabalho. Dentre os diversos tipos penais previstos em nosso ordenamento jurídico, os que mais refletem a necessidade de adequação da realidade social e ao ordenamento jurídico são, certamente, os Crimes Contra a Dignidade Sexual (Título VI da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, Decreto Lei nº 2.484/40).

O Código Penal Brasileiro, editado em 1940, tem sofrido, ao longo de sua vida, várias alterações, tais como a descriminalização do crime de adultério e a retirada da expressão “mulher honesta” de seu texto. Não é o objetivo, porém, desse estudo, a análise da retirada de alguma expressão ou da descriminalização de alguma conduta, e sim demonstrar a necessidade da mudança de paradigmas na interpretação e na aplicação do Direito em face às evidentes transformações ocorridas na sociedade brasileira, sobretudo no fim século XX.

Quando tratamos de crimes contra a liberdade sexual, relacionados diretamente com os costumes de uma sociedade, é crucial reconhecer a necessidade de revisar-se, de tempos em tempos, tanto a norma quanto a interpretação que se faz quando de

sua aplicação. A eficácia de uma norma jurídica está intimamente ligada à sua legitimação. Esta por sua vez, provém de sua validade pela sociedade.

O próprio CPB reconhece diversas causas excludentes de tipicidade e ilicitude da conduta, fundadas na proporcionalidade e razoabilidade da aplicação do direito penal em determinados casos concretos. Não é adequado, portanto, aplicar-se hoje a mesma interpretação da lei usada quando de sua criação, principalmente quando tratamos desses tipos de delitos. Nas palavras de Luiz Regis Prado:

[...] a teoria da adequação social, concebida por Hanz Welzel, significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.

Dessa forma, serão levantadas questões relativas à psicologia, à sociologia e à criminologia para construir um perfil de desenvolvimento histórico-social da sociedade brasileira a fim de demonstrar a necessidade de levar-se em conta o comportamento da vítima e o consentimento do jovem adolescente (maior de 12 anos de idade e menor de 14) a fim de tomá-los, conjuntamente, para análise da real relevância jurídica do ato para o Direito Penal.

1 A LEI 12.015/2009 E SUAS IMPLICAÇÕES

Em 10 de agosto do corrente ano, foi publicada a Lei 12.015/2009, texto normativo que modificou o Código Penal Brasileiro na parte relativa aos crimes contra a liberdade sexual, substituindo o título “Dos Crimes Contra os Costumes” pela denominação: “Crimes Contra a Dignidade Sexual”, sobressaltando a proteção constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana. É de grande importância, para uma melhor ambientação, tratar de tais alterações antes de prosseguir às exposições acerca do tema.

É certo que o direito penal deve tutelar apenas os delitos de maior ofensividade numa sociedade, conforme o fundamento do próprio princípio da insignificância e o da intervenção mínima do direito penal. Tais princípios possuem duas funções precípua: evitar o assolamento do Poder Judiciário e a sua conseqüente morosidade e evitar que o indivíduo seja submetido desnecessariamente a um processo criminal, trâmite reconhecidamente desgastante.

Com relação à insignificância (crime de bagatela), sustenta-se que o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funcionando como *última ratio*, no sistema punitivo, não se deve ocupar de bagatelas. [...] é excludente suprallegal de tipicidade, demonstrando que lesões ínfimas ao bem jurídico tutelado não são suficientes para, rompendo o caráter subsidiário do Direito Penal, tipificar a conduta.¹

Os danos e reflexos acometidos à vida pessoal e profissional de um indivíduo submetido a uma acusação criminal são incalculáveis. Não raras as vezes cria-se um estigma quanto a essa pessoa, principalmente quando se trata de crimes relacionados à sexualidade, sobretudo o estupro, ferozmente repudiado pela sociedade.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 216.

O CPB previa, dentre os Crimes Contra a Liberdade Sexual, o crime de estupro e o atentado violento ao pudor, ambos considerados crimes hediondos pela Lei 8.072/90, e possuindo a mesma pena em abstrato (de seis a dez anos de reclusão). Tinham como elementar tipo penal o emprego de violência real, segundo pode ser constatado pelas definições dadas por Guilherme de Souza Nucci:

- Estupro: “constranger (tolher a liberdade. Forçar ou coagir) mulher à conjunção (cópula entre pênis e vagina), mediante violência ou grave ameaça.”².

- Atentado Violento ao Pudor: “constranger (tolher a liberdade, forçar ou coagir) alguém a praticar (atitude comissiva) ou permitir que com ele se pratique (atitude passiva) ato libidinoso (qualquer contato que propicie a satisfação do prazer sexual, como, por exemplo, o sexo oral ou anal, ou o beijo lascivo) diverso da conjunção carnal (ato reservado ao estupro), mediante violência ou grave ameaça.”³.

Após a alteração do Código Penal foi extinta a figura do crime de atentado violento ao pudor e as condutas antes previstas por ele foram incorporadas ao crime de estupro, conforme seu novo texto: “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que se pratique outro ato libidinoso.”.

Percebe-se que o elemento **violência ou grave ameaça** ainda constitui elementar do tipo. Ora, muito embora se reconheça a intenção normativa, seja essa a de

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.788.

³ *ibidem*. loc cit.

conferir maior caráter repressivo às condutas ou dar primazia ao princípio da igualdade uniformizando o tipo penal no qual deva ser enquadrada a violência sexual cometida contra o homem e contra a mulher, forçoso é ressaltar que, no imaginário popular, a configuração do crime de estupro não se alterou.

O ato libidinoso diverso da conjunção carnal é revestido de diversas nuances, dependendo da interpretação dada pelo jurista, pode ser assim considerado desde um beijo roubado a uma masturbação forçada, como se pode verificar através dos seguintes acórdãos:

PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. BEIJO LASCIVO. FATO INCONTROVERSO. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIME HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Sendo incontroversa a ocorrência de beijo lascivo, não há falar, diante da configuração dos elementos do tipo previsto no art. 214 c/c 224, "a", do CP, na desclassificação do delito ao argumento exclusivo de que a imposição da pena prevista para o crime de atentado violento ao pudor viola, no caso, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/2006 (HC 82.959/SP), ao declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos.

3. Na hipótese em exame, não havendo notícia de reincidência e tendo a pena-base sido fixada pelo Tribunal a quo no mínimo legal, ou seja, em 6 (seis) anos de reclusão, justamente por força do reconhecimento das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal como totalmente favoráveis ao paciente, impõe-se a fixação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do referido diploma legal.

4. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime semi-aberto para o início do cumprimento da condenação.

(HC 72425/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2007, DJ 07/05/2007 p. 347).

Pelo exposto, percebe-se uma enorme distância entre a ofensividade de uma e de outra conduta, assim como se faz mister reconhecer que o coito anal ou a conjunção carnal, praticados sob violência ou grave ameaça, representam uma ofensa mais grave com consequências mais relevantes à integridade física e psicológica da vítima. Com a citada alteração legislativa, todas essas condutas foram abarcadas num mesmo tipo penal: o crime de estupro.

A hediondez do delito de atentado violento gera o perigo de se igualarem as penas mínimas aplicadas ao sujeito que pratica um simples “ato libidinoso” e aquele que “mata alguém”. A conduta descrita no art. 214 do Código Penal não atenta para o fato que o ato libidinoso se amolda a qualquer conduta, ensejando interpretações ofensivas a princípios constitucionais. Neste ponto a legislação penal não mantém o equilíbrio entre o fato narrado e a aplicação da sanção. Viola a isonomia, punindo com a mesma sanção indivíduos que se encontram em situações diversas e ignora a proporcionalidade da resposta estatal, podendo ofender o princípio da insignificância. Diante disso, para manter hígidos os pilares da isonomia e proporcionalidade propõe-se a isenção ou diminuição da responsabilidade penal do acusado a fim de que se tenha uma adequada a sanção estatal para cada conduta delitiva.⁴

Outra significativa mudança, alteração que diz respeito diretamente ao tema desse trabalho, é a exclusão da figura da presunção de violência, antes prevista no Art. 223 CPB. Segundo esse instituto, presumia-se o emprego da violência quando praticado o suposto crime contra a liberdade sexual de menor de 14 anos, desconsiderando a capacidade volitiva deste jovem, tratado como inimputável pelo mesmo diploma legal.

4 NUNES, André Luis Callegaro. *Beijar e matar, pena mínima de seis anos de reclusão: a teratológica legislação criminal de condutas indeterminadas*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18672/Beijar_e_matar_pena_m%C3%ADnima.pdf?sequence=2> Acesso em 09 de outubro de 2009.

Encontra-se na jurisprudência pátria, acerca desse tema, posicionamentos contemporâneos e divergentes. Segundo uma dessas correntes, a antiga figura da presunção de violência deveria ser absoluta, enquanto a outra considerava necessária a sua relativização. A primeira não se preocupava em questionar as circunstâncias de fato, fundando seu entendimento na comprovação da materialidade do ato sexual e na necessidade de proteção ao menor, incapaz de autodeterminar-se. A segunda, por sua vez, preocupava-se em conferir especial atenção à busca e compreensão da verdade real, levando em conta as circunstâncias de fato e o próprio comportamento da pretensa vítima, que muitas vezes por si só e pelo princípio da razoabilidade, eram suficientes para a descaracterização do delito.

A título ilustrativo, cita-se jurisprudência nos dois sentidos provindos das Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça:

- Entendimento 1: Presunção absoluta

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A presunção de violência prevista no art. 224, a, do Código Penal, tem natureza absoluta, entendendo-se, por conseguinte, que o consentimento da vítima é irrelevante para a caracterização do delito, tendo em conta a incapacidade volitiva da pessoa menor de catorze anos de consentir na prática do ato sexual. Precedentes do STJ e do STF.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 857550/RS, Rel. Ministro Arnaldo Estaves Lima, Quinta Turma, julgado em 14/08/2007, DJ 24/09/2007 p. 362).

- Entendimento 2: Presunção relativa

CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL (ESTUPRO). MENOR DE 14 ANOS (PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA RELATIVA). CONSENTIMENTO VÁLIDO DA MENOR (RELEVÂNCIA).

1. É missão fundamental do Penal tutelar bens jurídicos, todavia a sua intervenção depende de efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem tutelado pela norma. Não há responsabilidade penal por ato de outrem, tampouco por ato inexistente.

2. Reputa-se relativa a violência presumida disposta no inciso a do art. 224 do Cód. Penal.

3. O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e contra a violência sexual de homem ou mulher, e não contra atos sexuais que se baseiem em vontade livre e consciente.

4. No caso, o consentimento não-viciado e o livre convencimento da menor de 14 anos para a prática da conjunção carnal com o namorado elidem a tipificação do crime de estupro.

5. Recurso do qual se conheceu pelo dissídio, mas ao qual se negou provimento.

(REsp 542324/BA, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Rel. p/ Acórdão Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 09/12/2005, DJe 14/04/2008)

O Supremo Tribunal Federal, de acordo com esse último posicionamento:

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.

(HC 73662, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 21/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34535 Ement Vol-01842-02 PP-00310 RTJ Vol-00163-03 PP-01028).

No mesmo sentido, podemos citar também precedentes acerca de entendimentos relativos à configuração do crime de corrupção de menores, que leva em consideração experiências anteriores do adolescente para que possa configurar-se o crime:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, DA LEI Nº 2.252/54 (CORRUPÇÃO DE MENORES). ABSOLVIÇÃO. CRIME DE PERIGO. ANTERIOR INOCÊNCIA MORAL DO MENOR. PRESUNÇÃO IURIS TANTUM.

I - O crime previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54 é de perigo, sendo despicienda a demonstração de efetiva e posterior corrupção penal do menor.

II - No entanto, a anterior inocência moral do menor se presume iuris tantum como pressuposto fático do tipo. Quem já foi corrompido não pode ser vítima do delito sob exame (Precedentes).

III - In casu, restou cabalmente demonstrado, através de documentos, conforme reconhecido tanto na sentença condenatória quanto no v. acórdão guerreado, que os menores que participaram da conduta delituosa já contavam com diversas passagens pelo Juízo da Infância e da Juventude pela prática de atos infracionais graves, inclusive com aplicação de várias medidas sócio-educativas.

IV - Comprovado que os menores já eram corrompidos, não se verifica a prática do delito previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54.

Recurso desprovido.

(REsp 822977/RJ, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 01/03/2007, DJ 12/11/2007 p. 276).

A exclusão do Art. 213 do CPB afastou a presunção de violência. Em seu lugar, foi editado o novo Art. 217 – A, com a seguinte redação: “Estupro de vulnerável: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.”. A pena do delito também foi alterada. Antes se verificava a presunção de violência como agravante, hoje a pena cominada é a reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Dessa forma, conclui-se terem sido extintas quaisquer questões circunstanciais do fato, sobretudo o próprio consentimento da vítima, para análise da configuração do delito. Sob a finalidade de proteção integral da criança e do adolescente, o que, aliás, é um objetivo nobre e de responsabilidade de todo cidadão, o CPB despreza a capacidade de entendimento e de consciência do menor de 14 anos.

Tal definição legal, contraposta ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, configura conflito aparente de normas, existindo entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que reconhecem a capacidade volitiva do adolescente assim como a validade de seu consentimento, dando primazia ao disposto pela lei especial.

Fala-se em conflito aparente de normas quando, para determinado fato, aparentemente, existem duas ou mais normas que poderão sobre ele incidir. [...] Pelo princípio da especialidade a norma especial afasta a aplicação da norma geral. É a regra do brocardo *lex specialis derogat generali*.⁵

Urge reconhecer, sem prejuízo da real necessidade de conferir-se à criança e ao adolescente, sobretudo àqueles em situação de risco, a necessidade de proteção contra a exploração e a violência sexual, que a maturação sexual ocorre cada vez mais cedo entre esses jovens, sendo muitas vezes a iniciação de sua vida sexual acompanhada pelos próprios pais, que cada vez mais acolhem o jovem casal em sua própria casa. Em entrevista, a coordenadora da Casa do Adolescente, de São Paulo, afirma:

As estatísticas mostram que a idade do início da atividade sexual ocorre entre 14 e 17 anos. Temos, porém, que a primeira relação amorosa está acontecendo antes dos 14, isto é, o primeiro desejo, o primeiro encantamento. Hoje, ser BV - boca virgem - aos 14 anos pode ser um fator de discriminação ou de insegurança entre os adolescentes. Em relação à atividade sexual, não é só precoce a idade cronológica, mas também é precoce o tempo de relacionamento. Desde os anos 90 as pesquisas apontam

5 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. ed. 5. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. v. I. p. 28.

que o relacionamento sexual faz parte do namoro, portanto houve uma mudança. A atividade sexual que antes se iniciava com profissionais do sexo, hoje acontece com o namorado, amigos ou conhecidos, o que gera mais insegurança. Os pais de antigamente tinham relações com profissionais do sexo, de forma clandestina, sem conhecimento dos pais, e o homem era aprovado na sua atuação sexual. A mulher era mantida culturalmente virgem.⁶

Por isso é necessário levantar o debate acerca dessa questão. Ao mesmo tempo em que é conferida proteção ao adolescente na esfera do direito penal, institui-se cada vez mais a orientação sexual nas escolas públicas e em postos de saúde. Da mesma forma, estimula-se que os pais tratem do assunto cada vez mais cedo com os jovens. Tais atitudes não são dotadas de caráter estimulante da prática sexual precoce, apenas comprova o que se passa entre os jovens: a iniciação sexual cada vez mais cedo e a necessidade de instruir esses adolescentes quanto a seus riscos.

Nesse ponto e mais uma vez lembrando que, após a edição da Lei 12.015/2009, o crime de estupro acolhe em seus elementos do tipo não apenas a conjunção carnal, mas também a prática de qualquer outro tipo de ato libidinoso, tornou-se desnecessária a argumentação acerca da idade média com que os jovens têm perdido a virgindade, pois qualquer outra conduta considerada lasciva pode ser enquadrada neste crime.

Mesmo com a retirada da figura da presunção de violência do diploma legal, é razoável manter aberta a discussão jurisprudencial anterior, buscando circunstanciar o fato e a vítima, a fim de, respeitando até mesmo o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, buscar a interpretação mais favorável ao réu. É temerário, principalmente após a gradação desse crime, sujeitar o indivíduo a um tortuoso processo penal e, adotando uma interpretação

⁶SASSON, Emily. *Gravidez na adolescência*: a cada 18 minutos uma menina de 10 a 14 anos dá à luz a uma criança, no Brasil. Disponível em: <<http://especiais.fantastico.globo.com/ligadasmulheres/tag/casa-do-adolescente/>> Acesso em 20/09/2009.

literal da lei, chegar a uma provável condenação criminal pela prática de fatos corriqueiros e de somenos importância para o direito, como a descoberta pelos pais de um namoro às escondidas de uma jovem de 13 anos com um rapaz de 18 anos.

Feitas essas considerações acerca da reforma penal no tocante ao assunto, dá-se prosseguimento à discussão acerca da necessidade do reconhecimento do consentimento desse adolescente e a exposição de sua fundamentação.

2 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

O Estado sempre buscou reprimir determinadas condutas contrárias às normas de ética e aos bons costumes estabelecidos numa sociedade. Sob essa perspectiva, verifica-se, historicamente, a existência de delitos clássicos, como o roubo e o homicídio. Da mesma forma, os crimes relacionados à violação da liberdade sexual são uma constante nos registros históricos da humanidade.

Também é antiga a associação entre interdito e sexualidade, sexualidade e sujeira ou sexualidade e impureza. Conforme mostrou Bataille (1988), esta é uma associação, em que há uma profunda cumplicidade entre proibição e transgressão, pois muitas formas de transgressão neste campo são permitidas e até recomendadas. Outras são condenadas e reconhecidas como sendo o mal, o pecado. Ainda segundo Bataille, desde os tempos imemoriais o controle do impulso sexual é também o controle da violência, sendo feito através de diferentes formas de proibições. Isto nos sugere que o tema dos crimes sexuais exige uma reflexão sobre como se atualiza, no contexto em questão, a confluência dessas duas categorias consideradas pelos autores citados como sendo universais: a retribuição e a sexualidade como interdito em sua relação com a violência.⁷

Esses crimes são atentatórios à moral da sociedade e, como podemos perceber, são considerados repugnantes desde os primeiros Códigos. A princípio, o objetivo da previsão destes crimes seria a própria manutenção da ordem pública, assim compreendida como proteção de um bem comum.

Buscava-se tutelar um conceito de moral na sociedade. Hoje, porém, tendo em vista todo seu aspecto histórico e evolutivo, sobretudo no campo dos usos e costumes e no aspecto da evolução da sexualidade, é imprescindível reconhecer que o eixo de proteção transferiu-se da sociedade para o indivíduo, conforme a própria Constituição Federal consagra em seu Art. 5º, sob o título **Direitos e Garantias Individuais**. Preleciona Nelson Hungria:

7 VARGAS, Joana Domingues. *Crimes Sexuais e sistemas de justiça*. São Paulo: IBCCrim, 2000. p. 114.

O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento sem ofender direito alheio, ainda que para alguns sejam imorais ou inadequados.⁸

A liberdade sexual é direito individual, não cabendo análises de cunho subjetivista. A valoração do que pode ou deve ser considerado moral ou imoral perante um grupo social para determinação da necessidade ou não de resguardar-se o direito de determinada pessoa por meio do direito penal deve levar em conta, também, esse subjetivismo.

[...] o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe a autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a opção primeira (*prima ratio*) do legislador pra compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes.⁹

Dessa forma, nesse capítulo procura-se ilustrar o panorama de evolução histórica e social do direito demonstrando a necessidade constante de atualizar a forma de pensar e aplicar o direito, atendendo sempre à sua finalidade atual e não adotando um método de interpretação meramente literal, deixando de lado considerações relevantes que por vezes poderiam até mesmo descaracterizar a tipicidade de determinada conduta.

2.1 Dos crimes sexuais e a ordem jurídica interna

O CPB elenca, em seu Título VI, os Crimes Contra a Dignidade Sexual. Estão dispostos sob este título os crimes contra a liberdade sexual, os crimes sexuais contra vulnerável, o lenocínio e o tráfico de pessoas para fins de prostituição ou outra forma de exploração sexual e o ultraje público ao pudor. A princípio, a interpretação que se dava à

8 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 641.

9 Idem. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.72.

expressão **costume** estava estritamente ligada à concepção de moral e ética de uma sociedade, como bem assevera Nelson Hungria:

O vocábulo ‘costumes’ é aí empregado para significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à preservação do *mínimo ético* reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais.¹⁰

Assim, é dever do Estado proteger e assegurar a defesa de bens jurídicos considerados valiosos pela sociedade, de forma a garantir o convívio social pacífico por meio do estabelecimento de normas gerais e homogêneas. Temos, nessa linha de pensamento, o Direito Penal Garantista¹¹, apoiado na idéia de preservação do bem jurídico tutelado e na tipificação criminal, prevendo condutas abstratas passíveis de subsumirem-se a fatos concretos, configurando o cometimento do delito. Num contexto mais amplo, o Direito visa tutelar a moral média da sociedade, prevenindo condutas contrárias aos bons costumes e à ordem pública.

Atualmente, seguindo a própria evolução dos costumes da sociedade e à luz da teoria do Direito Penal Mínimo, amplamente difundida, deve se entender como proteção aos costumes a garantia da dignidade da pessoa humana, independentemente do caráter subjetivo que se dê a determinada conduta em razão de valores intrínsecos de moralidade, uma vez que a própria Constituição Federal veda quaisquer tipos de discriminação, inclusive em relação à opção sexual, além conferir proteção à vida privada do indivíduo. O que se visa

10 HUNGRIA, Nelson apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. ed. 3. Rio de Janeiro: Impetus. v. III. P. 463.

11 LOPES, Luciano Santos. *A verificação de uma valoração ético-sexual nos elementos normativos dos tipos legais dos crimes contra os costumes*. Disponível em: <<http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/bkp/art1.doc>> Acesso em 14/10/2008.

tutelar, em última análise e sob esse contexto, é a liberdade sexual, protegendo a sociedade de comportamentos que a afrontem.

À luz da Criminologia, condutas desvirtuadas devem ser coibidas com duas finalidades: punitiva e preventiva. Assim, a criminalização destes tipos penais faz-se importante com o fulcro de proteger a liberdade sexual do indivíduo.

Não são os costumes o objeto jurídico da tutela penal. Toda dogmática penal, na atualidade, só concebe a existência de crime sexual que atente contra a liberdade sexual ou contra o normal desenvolvimento da personalidade (em formação) da criança. Fora disso não é admissível a incidência do Direito penal, sob pena de se confundir a moral com o Direito penal, que não serve para corrigir pessoas nem para proteger determinadas concepções morais. Por força do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, não há espaço no Direito penal para a tutela de uma determinada moral ou religião ou partido político ou ideologia etc.¹²

Como já aduzido anteriormente, a tutela prestada pelo direito penal atualmente tem como principal objetivo assegurar os direitos e garantias individuais, sempre se observando o corolário máximo da dignidade humana. O direito criminal deve intervir na sociedade somente quando necessário, apenas na hipótese de agressões consideradas graves pelo ordenamento jurídico interno; ou seja, os crimes.

Primeiramente, o direito penal atua abstratamente de forma a prevenir o cometimento desses ilícitos penais. Em um segundo momento, porém, atua de forma repressiva. Um dos principais direitos resguardados por nossa Carta Magna é o direito à liberdade. O campo de atuação do direito penal, em seu caráter punitivo, reside exatamente aí: na restrição de direitos.

12 GOMES, Luiz Flávio. *Reforma penal dos crimes sexuais*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050411115926168> Acesso em: 10/08/2009.

2.2 Valoração moral e sexual no Direito Penal

Relação sexual é um tipo particular de integração social possuindo limites individuais e sociais. Os parâmetros de uma sociedade dependendo da época e da cultura poderá sofrer variações, podendo ser aceitos ou não pelos indivíduos. [...] Portanto, a sexualidade é uma conceito cultural dinâmico que está em constante mutação, ou seja, a sociedade estabelece um padrão cultural, tanto sexual como em outras áreas do comportamento humano, exemplificando pela área afetiva e emocional, mas existem pessoas que podem sair deste padrão e estabelecer um comportamento próprio avançado ou além do seu tempo, como também existem pessoas que tendem a amadurecer mais rápido através das experiências vividas em seu meio social.¹³

A legitimidade conferida ao sistema penal como forma de proteção de direitos é atrelada à relação coincidente existente entre os valores relevantes na sociedade e o conteúdo das normas editadas para a própria sociedade. É certo que alguns bens jurídicos tutelados sempre foram valorados de forma assemelhada no decorrer da história, como a vida; entretanto, os valores ético-morais de uma sociedade não constituem conjunto estático: são conceitos que evoluem segundo os usos e as transformações da própria sociedade. Sobre o tema, a concepção de Giuseppe Bettiol é de que “o bem jurídico anda intimamente ligado às concepções ético-políticas dominantes e adquire, portanto, um significado diferente e um conteúdo diverso, à medida que mudam o tempo e o ambiente.”¹⁴.

Verifica-se, ordinariamente, a existência de crimes que, popularmente falando, não pegaram ou caíram em desuso. No primeiro caso, verificam-se aqueles crimes que não refletem com exatidão o aspecto valorativo da sociedade, tornando-se inócuos quanto a ela. Em relação ao segundo caso, pode-se dizer que os padrões morais e o modo pelo qual a sociedade encara determinada conduta experimentam uma evolução e, em determinado

13 ARAÚJO, Maria da Cruz. *Presunção ou menoridade presumida*. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/penal/presuncao.htm>> Acesso em 10/09/2009.

14 LOPES, Luciano Santos. *A verificação de uma valoração ético-sexual nos elementos normativos dos tipos legais dos crimes contra os costumes*. Disponível em <direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/bkp/art1.doc> Acesso em 22 de outubro de 2008.

momento histórico, tais condutas deixam de ser consideradas ofensivas pela própria sociedade, levando por fim sua descriminalização, como foi o caso do adultério.

Parece-nos que a adequação social é, sem dúvida, motivo para exclusão da tipicidade, justamente porque a conduta consensualmente aceita pela sociedade não se ajusta ao modelo legal incriminador, tendo em vista que este possui, como finalidade precípua, proibir condutas que firam bens jurídicos tutelados. Ora, se determinada conduta é acolhida como socialmente adequada deixa de ser considerada lesiva a qualquer bem jurídico, tornando-se um indiferente penal.¹⁵

No caso dos crimes contra a liberdade sexual, deve-se analisar criticamente o contexto em que estes tipos penais se encontram inseridos, dando especial destaque a questão da liberdade sexual e à idéia de pudor, dada a íntima relação existente entre o tipo penal e a ordem ético-sexual de uma determinada sociedade. O CPB, como já afirmado anteriormente, sofreu inúmeras modificações nas últimas décadas, impulsionadas por fatores histórico-culturais. A relação entre a valoração do bem jurídico tutelado, sua interpretação e a aplicação de normas penais é um fenômeno composto por três elementos. Nesse sentido, e segundo Guilherme de Souza Nucci, integram o tipo penal:

- I. Elementos objetivos: todos os elementos exteriores à vontade do agente, sendo esses subdivididos em elementos descritivos e normativos.
- II. Elementos subjetivos: elementos ligados à intenção do autor do fato.

Desses, interessa discorrer sobre os elementos normativos do tipo. Ainda na lição de Nucci, tem-se a seguinte definição:

[...] são componentes do tipo desvendáveis por juízos de valoração, ou seja, captáveis pela verificação espiritual (sentimentos e opiniões). [...]

15 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 215.

Conforme o lugar, a época, o momento, enfim, as circunstâncias que envolvem o fato poderemos formar uma análise do elemento mencionado, portanto, se houve ou não o preenchimento do tipo penal. Enfim, o elemento normativo produz um juízo de valor distante da mera descrição de algo.¹⁶

No campo da dogmática, o conceito de elemento normativo confunde-se com o de elemento objetivo. Sobre isso, manifestou-se Reale Júnior:

[...] elementos de conteúdo variável, aferidos a partir de outras normas jurídicas, ou extrajurídicas, quando da aplicação do tipo penal ao fato concreto. Os elementos normativos, malgrado terem conteúdo variável, definível através de um processo não de percepção, mas de compreensão, não destoam na estrutura do tipo.¹⁷

Os elementos normativos do tipo dizem respeito à valoração sócio-cultural, enquanto os elementos objetivos correspondem à valoração jurídica do tipo, alcançando conceitos de ordem ético-social. Dessa forma, ideal seria que fosse reduzida à incidência de valores normativos dentro do tipo penal, a fim de afirmar o princípio da segurança jurídica, reduzindo a margem de liberdade para a interpretação da norma pelos operadores do direito, assegurando princípios como o da legalidade e o do devido processo legal.

A existência de medidas de proteção a esses direitos fundamentais é necessária, uma vez que não se pode deixar ao livre arbítrio do magistrado a interpretação das normas. Daí a importância dos elementos objetivos do tipo penal, não obstante deva-se utilizar, para a sua aplicação, seu viés normativo, com o próprio conceito de homem médio como paradigma comportamental do indivíduo. Depara-se, ao considerar tais padrões normativos como algo inevitável (apesar de não ser o ideal na forma de criação e

16 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 183.

17 LOPES, Luciano Santos. *A verificação de uma valoração ético-sexual nos elementos normativos dos tipos legais dos crimes contra os costumes*. Disponível em <direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/bkp/art1.doc>. Acesso em: 22 de outubro de 2008.

interpretação da norma penal), com a constante necessidade de atualização de seu estudo face às transformações sócio-culturais da sociedade.

Analisando-se agora, apesar das considerações tecidas, os elementos normativos do tipo, é necessário salientar sua importância, pois é por seu meio que se confere dinamismo e flexibilidade às leis. Trata-se de conferir a determinado tipo penal uma zona de valoração ético-social, mesmo que possa configurar certa espécie de zona de incerteza punitiva¹⁸, deve-se adaptar a interpretação da norma quanto ao momento histórico-cultural daquela sociedade sem haver a necessidade de alterar-se a lei formalmente. O elemento normativo mostra-se, dessa forma, importante para a manutenção de sua vitalidade.

Interpretar o Direito Penal é revelar o seu conteúdo e o seu alcance. [...] Para tanto é preciso conhecer os fatos sociais e as demais circunstâncias históricas que balizam o fenômeno cultural que se destaca na norma penal. Diante da necessidade de tornar a lei penal dinâmica, os elementos normativos adquirem importância.¹⁹

Com efeito, apesar de não poder a norma ser construída como algo extremamente rígido e imutável, há a necessidade de delimitação dessa margem de interpretação conferida ao magistrado; por exemplo, os limites impostos através dos princípios gerais do direito, dos costumes e da analogia, sempre norteados pela fundamentação legal e sujeitos à revisão de seus pares.

A questão relacionada às mudanças dos aspectos valorativos, morais e éticos de uma sociedade fica evidenciada quando tratamos dos crimes relacionados à sexualidade do

18 SELL, Sandro César. *Zonas de incerteza punitiva*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9079>> Acesso em 18 de outubro de 2008.

19 LOPES, Luciano Santos. *A verificação de uma valoração ético-sexual nos elementos normativos dos tipos legais dos crimes contra os costumes*. Disponível em <direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/bkp/art1.doc> Acesso em 22 de outubro de 2008.

indivíduo. Há, independentemente da época e do local, valores morais que são genericamente reconhecidos como válidos no domínio de toda e qualquer sociedade. Assim, ao prever os citados tipos penais, o Estado visa tutelar, além do pudor individual, o pudor e a moralidade na esfera pública, coibindo violações desse mesmo direito à liberdade sexual.

De fato, os fundamentos de um sistema penal não estão restritos somente aos princípios morais, éticos e sociais. Ideal seria, entretanto, que o ordenamento jurídico penal refletisse, da forma mais exata possível, o aspecto valorativo dos bens jurídicos a serem tutelados. Em relação aos crimes sexuais é impossível separar o fato em si da escala de valores da sociedade. Os aspectos culturais, psicológicos e sociológicos estão incrustados na maneira de a sociedade encarar tais condutas.

O Direito Penal, por seu turno, tenta estabelecer padrões de condutas, abstratos e genéricos, como regra geral de comportamento para determinada sociedade, sempre a fim de garantir a convivência pacífica e harmoniosa de seus cidadãos. Incabível, porém, é pensar na aplicação de tais medidas de forma crua, procedimento que fatalmente mostrar-se-ia ineficiente. A análise, a ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade aplicadas por parte dos magistrados revelam-se fundamentais para que a funcionalidade de tais normas seja alcançada, tomando sempre cuidado para que, circunstanciando-se a conduta, seja feita uma análise justa de seu grau de ofensividade.

[...] a ofensividade ou lesividade deve estar presente no contexto do tipo penal incriminador, para validá-lo, legitimá-lo, sob pena de se esgotar o Direito Penal em situações inócuas e sem propósito, especialmente quando

se contrata a conduta praticada com o tipo de sanção para ela prevista como regra, ou seja, a pena privativa de liberdade.²⁰

Nesse sentido, o Direito tem origem na própria sociedade e sua dinâmica normativa deve estar vinculada a ela. Seu objetivo principal é resguardar seus anseios, devendo, para tanto, adaptar-se a eles no decorrer do tempo. Ademais, a previsão de crimes sexuais no direito penal tem o condão de atuar com caráter preventivo e repressivo, coibindo a prática desses delitos que, como abordado, refletem a valoração moral da sociedade em determinado período histórico. Sob essa ótica, é possível entender a importância da inserção dos citados elementos normativos: facilitar a adequação da norma ao período histórico vigente.

A experiência humana de valores é limitada e condicionada à experiência histórica. Essencial a compreensão de que o Direito obtém legitimidade com o respeito às normas e os valores captados do corpo social. Compreender tais valores, que a ordem estatal visa proteger, é fundamental para uma legítima tutela penal. A sociedade está em constante processo de evolução ético-cultural. Os valores que norteiam a vida em coletividade alteram-se historicamente. É bem verdade que aqueles fundamentais permanecem intactos na sociedade – como a vida – somente alterando a forma de encará-los, frente aos anseios de cada época.²¹

O homem é um ser sexuado, provido de desejos e é nessa esfera que o direito deve atuar, reprimindo impulsos que sejam contrários ao interesse e a moral estabelecida pela sociedade e às liberdades individuais. Esses impulsos, quando incontidos, são manifestados por meio de violência, empregada para submeter aquele que se configura como objeto de desejo a satisfação de uma vontade incontrolável, tomando feição de ofensa jurídica relevante ao direito penal.

20 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

21 LOPES, Luciano Santos. *A verificação de uma valoração ético-sexual nos elementos normativos dos tipos legais dos crimes contra os costumes*. Disponível em <direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/bkp/art1.doc> Acesso em 22 de outubro de 2008.

A violência está no horizonte da vida social, que ela envolve por todos os lados. É seu limite inferior, o marco além do qual os indivíduos não constituem mais uma autêntica comunidade. Mesmo no interior de uma comunidade ordenada em que reina a paz, e entre comunidades desse tipo, subsiste o risco de que, pela irrupção irreprimível dos 'velhos demônios', a ordem pacífica seja quebrada.²²

Assim como a violência, a sexualidade é característica inerente ao ser humano. Não há como extingui-lo da sociedade: o que se busca é a contenção deste instinto, delimitando-o numa esfera de convívio social onde o imperativo é o respeito às liberdades individuais e, para tanto, surgiu a figura do pudor para que se contivessem tais comportamentos. O pudor nada mais é que o reflexo individual e coletivo dos padrões de aceitação de condutas sexuais, segundo Luciano Santos Lopes.²³

A sexualidade humana é ao mesmo tempo estímulo sexual, orientação sexual, o prazer sexual que se constroem na relação entre as pessoas num processo simbólico, cultural, político, ideológico.²⁴

Para se tratar do tema, é importante levar em conta os aspectos sociais e históricos que impulsionam mudanças efetivas no comportamento da sociedade. A partir dessa primeira contextualização, pode-se perceber com mais exatidão como a norma traz em seu próprio seio elementos que possibilitam sua adequação a essa evolução, assim como verificar a validade do uso desse artifício como forma de permitir que a lei reflita as necessidades da própria sociedade. Em uma análise crítica às alterações do CPB, Eduardo Jesus Sanches e

22 BOUDON, Raymond. BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. 2.ed. São Paulo: Atica, 2007. p. 606.

23 LOPES, Luciano Santos. *A verificação de uma valoração ético-sexual nos elementos normativos dos tipos legais dos crimes contra os costumes*. Disponível em <direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/bkp/art1.doc> Acesso em 22 de outubro de 2008.

24 Ministério da Justiça / CECRIA / Fundo Cristão para criança. Indicadores de violência intra- familiar e exploração sexual comercial de crianças e adolescentes: relatório final de oficina. CESE. Brasília: CESE – Coordenadoria Ecumênica de Serviço – Ministério da Justiça/SNDH/DCA – Fundo Cristão Para Crianças, 1997. p.11. Disponível em: <<http://www.cecria.org.br/pub/pub.htm>> Acesso em 15/01/2009.

Lucas da Silva Taquetto exemplificam, tratando da exclusão do crime de sedução (antigo Art. 217, CPB) do ordenamento jurídico:

A inexperiência estava ligada à formação e à cultura da vítima, condizia com sua incapacidade de compreensão do valor ético-social da relação sexual e de suas conseqüências, ou seja, sua ingenuidade em relação ao sexo. [...] Esse delito com o correr do tempo passou a ser de difícil configuração, tendo em vista a evolução dos costumes e dos conceitos vigentes na sociedade moderna. A questão da moralidade sexual tem evoluído de tal forma que se torna dispensável a presença desse tipo penal.²⁵

Tal modificação de postura em relação aos usos e costumes tem influência direta no campo jurídico, demonstrando a evolução de valores na sociedade. Destarte, urge a importância de discutir o impacto de determinadas medidas jurídicas, mais ainda na esfera dos direitos e garantias individuais, abarcando como regra a análise dos fatos segundo os preceitos constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, assim como todas as formas de interpretação da norma.

Atos atentatórios ao pudor que causem dano moral à pessoa em decorrência, por exemplo, de seus princípios religiosos (padrões morais individuais) ensejam indenizações de ordem civil, não condenação penal. Um ato obsceno, por exemplo, não deve sê-lo considerado apenas a partir dos padrões de ética intrínsecos do ofendido e sim do padrão ético-moral médio da sociedade.

Nesse sentido faz-se mister aplicar os princípios inerentes ao direito penal mínimo para que se evitem condenações e até processos criminais que não tratem de dano relevante aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento pátrio. Devem ser consideradas as

25 SANCHES, Eduardo Jesus, TASQUETTO, Lucas da Silva. *Lei 11.106/2005: uma análise crítica frente às alterações do código penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.ufsm.br/direito/artigos/penal/san_tasq_altcp.htm> Acesso em: 02/10/2009.

conseqüências que um processo penal venha a causar na vida de um indivíduo, levando-se em conta a gravidade da conduta, assim como as circunstâncias que de fato a envolveram, para determinar se realmente houve o cometimento de ilícito penal ou mero aborrecimento, passível de indenização na esfera cível.

3 O ADOLESCENTE MENOR DE 14 ANOS

A Constituição Federal proclama o dever conferido ao Estado de proteger a criança e o adolescente consagrando a Teoria da Proteção Integral (Art.3º, Lei 8.069/90), onde se tem a criança como ser em desenvolvimento e afirmando a necessidade de zelar por sua integridade física e moral. Segundo o Professor Ricardo Andreucci:

Além dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, gozam a criança e o adolescente do direito subjetivo de desenvolvimento físico, mental, moral espíritual e social, preservando-se sua liberdade e dignidade.²⁶

Surgiu assim o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dispositivo legal protecionista que visa resguardar seus direitos em virtude de sua posição na sociedade: a fragilidade de sua capacidade de autodeterminação, aquisição e exercício de direitos. E qual seria a correta definição/delimitação de quem são essas crianças e adolescentes?

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/90 (BRASIL, 1990), circunscreve a adolescência como o período de vida que vai dos 12 aos 18 anos de idade. A Organização Mundial da Saúde (OMS) delimita a adolescência como a segunda década de vida (10 aos 19 anos) e a juventude como o período que vai dos 15 aos 24 anos. O Ministério da Saúde toma por base a definição da OMS, definindo o público beneficiário como o contingente da população entre 10 e 24 anos de idade.²⁷

Embora os citados diplomas legais estabeleçam um padrão de idade para identificar a que jovens refere-se o termo adolescente, isso não passa de uma referência, pois é impossível estabelecer-se uma delimitação entre uma fase de desenvolvimento e outra,

26 ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 163.

27 Ministério da Justiça / CECRIA / Fundo Cristão para criança. *Indicadores de violência intra- familiar e exploração sexual comercial de crianças e adolescentes: relatório final de oficina*. CESE. Brasília: CESE – Coordenadoria Ecumênica de Serviço – Ministério da Justiça/SNDH/DCA – Fundo Cristão Para Crianças, 1997. p.11. Disponível em: <<http://www.cecria.org.br/pub/pub.htm>> Acesso em 15/01/2009.

devendo ser considerado o conjunto de aspectos individuais de cada pessoa para se auferir seu desenvolvimento mental e sua capacidade de autodeterminação.

3.1 O comportamento da vítima

Não obstante a real necessidade de proteger a criança e o adolescente do abuso e da exploração sexual, deve ser reconhecida a mudança de comportamentos havida nas últimas décadas, sobretudo no que diz respeito à sexualidade; importante também é dissertar sobre como o comportamento da (suposta) vítima pode contribuir, ou mesmo provocar, o delito.

A gênese do crime é objeto de estudo da Criminologia, nascida do positivismo criminológico como ciência auxiliar do direito penal. Teve como um de seus grandes expoentes Cesare Lombroso. A princípio, colocou-se o criminoso como centro da dinâmica do crime até que, em meados de 1947, o advogado B. Mendelsohn apresentou sua teoria sobre a participação da vítima no crime. Esse estudo foi batizado sob o nome de Vitimologia.

No direito brasileiro, pode-se utilizar usar como referência para conceituar a palavra **vítima** o disposto no Art. 2º da Lei Municipal nº. 13.198/ 2001, São Paulo: “Para efeitos desta lei, é considerada vítima de violência a pessoa que tenha sofrido lesão de natureza física ou psíquica em consequência de ações ou omissões tipificadas como crime na legislação penal vigente.”.

Determinar a relação existente entre criminoso e vítima é de fundamental importância para se compreender a realidade dos fatos. Essa questão, associada à reconstrução

da personalidade e ao comportamento da vítima, pode ser capaz de desconfigurar a existência de um delito, sobretudo quando falamos de crimes sexuais.

As vítimas, de maneira geral, seguem um padrão de comportamento quando submetidas à agressão, desencadeando um processo de vitimização descrito, de maneira geral, da forma abaixo:

1. Intuição: a vítima incorpora ao pensamento a idéia de ser prejudicada por um ofensor;
2. Atos preparatórios: projetada mentalmente a perspectiva de ser vítima, o indivíduo atinge o momento dos atos preparatórios, instante em que se vê obrigado a adotar medidas preliminares de defesa ou, ainda, buscar o ajuste comportamental, de maneira a confrontar-se (ativa ou passivamente) com a ação delituosa a ser iniciada pelo ofensor;
3. Início da execução: momento em que a vítima dá início ao processo de sua própria defesa ou canaliza seu comportamento no sentido de cooperar com a ação do ofensor;
4. Execução: ocorrência da real execução, a qual dar-se-á por meio da absoluta resistência da vítima para evitar o resultado pretendido ou por intermédio da não resistência (decisão que consagra o processo de vitimização);
5. Consumação: fase em que se verifica o êxito da ação do ofensor.

Nos casos de crimes contra a liberdade sexual, sem necessidade de comprovação do emprego de violência real, como nos casos envolvendo adolescentes menores de 14 anos, o que se verifica não é um processo de vitimização propriamente dito, mas sim um jogo de sedução próprio das relações afetivas. No estudo da vitimologia,

encontramos perfis básicos de vítimas que ajudarão a entender melhor a participação dessa figura na ação delituosa:

1. Vítimas totalmente inocentes, as que não têm qualquer participação na produção do delito;
2. Vítimas menos culpadas que o criminoso, as provocadoras, imprudentes e ignorantes;
3. Vítimas tão culpadas quanto o delinqüente, as vítimas voluntárias dos crimes de encontro;
4. Vítimas mais culpadas que o delinqüente, as que provocam o delito;
5. Vítimas totalmente culpáveis, as agressoras, simuladoras e imaginárias.

Partindo-se desses perfis de vítimas apresentados por Mendelsohn, deve-se, com base nas circunstâncias do delito, analisar-se os seguintes quesitos:

- personalidade da vítima;
- comportamento da vítima na gênese do crime;
- consentimento da vítima para a consumação do delito;
- as relações da vítima com o criminoso.

A partir da exposição dessas tipologias, pode-se dizer que, nos casos de crimes contra a liberdade sexual, não raro é verificar a existência dos três últimos tipos de vítimas: voluntária, mais culpável e unicamente culpável. Tomando-se por base a cultura da sexualidade que se verifica na sociedade hoje, vemos mesmo as crianças desde cedo envolvidas nesse contexto. Os adolescentes, como já foi dito, iniciam suas vidas sexuais cada vez mais cedo.

Não é incomum vermos jovens de 13 ou 14 anos vestindo e comportando-se como adultos, maiores de 18 anos, buscando assemelhar-se aos artistas e modelos que são vistos em revistas e na TV. Isso também se dá na esfera comportamental, não só estética. Verifica-se a busca pela sensualidade, a preocupação relativa à sedução e atração do sexo oposto, o que muitas vezes comina num jogo de sedução e conquista próprio de relações maduras. Os adolescentes descobrem a sexualidade mais jovens e a utilizam como adultos, buscando de fato a satisfação de um prazer.

Não se pode confundir esse interesse, entretanto com doenças como a pedofilia. definido atualmente da seguinte forma:

[...] um transtorno de personalidade da preferência sexual que se caracteriza pela escolha sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade, de acordo com a definição da CID-10 - Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde. [...] As crianças pré-púberes ou no início da puberdade que são escolhidas pelos portadores do transtorno de pedofilia têm, geralmente, 13 anos de idade ou menos. O indivíduo com pedofilia deve ter 16 anos ou mais e ser pelo menos cinco anos mais velho que a criança, conforme os critérios estabelecidos pelo DSM-IV (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), a classificação dos transtornos mentais feita pela Associação Americana de Psiquiatria. ,²⁸

Assim, esses jovens adolescentes podem conscientemente contribuir ou induzir o suposto autor do fato à prática de atos sexuais. Ao se tratar desses crimes é imprescindível a análise da conduta da vítima e sua intenção para auferir-se o nível de culpabilidade do agente e até mesmo se a conduta deve ser de fato considerada criminosa, a fim de diferenciá-la do abuso sexual:

²⁸ PONTUAL, Helena Daltro. *Internet é principal meio de divulgação da pedofilia*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/comunica/agencia/entenda/pedofilia.htm>. Acesso em 18/10/2009.

O abuso sexual, por sua vez, pode ser definido, de maneira bastante generalista, como o envolvimento de crianças e adolescentes – logo em processo de desenvolvimento – em atividades sexuais que não compreendem em sua totalidade, para quais não estão aptos a concordarem e que violam as regras sociais e familiares de nossa cultura. [...] Usualmente suas definições são mais exstringentes, pois é necessário uma distinção entre abuso e situações de corte paquera, especialmente quando envolvem adolescentes.²⁹

Considerando que, no direito brasileiro, o crime consubstancia-se a partir da teoria tripartite (crime = fato típico, antijurídico e culpável), e que a exclusão de um de seus elementos já o descaracteriza, é necessário verificar a sua existência. Quando se trata da relevância da conduta da vítima para ocorrência do crime, deve-se frisar o conceito de nexo causal, constituinte essencial do conceito de fato típico (fato típico = conduta + nexo causal + resultado):

(Nexo causal) É o vínculo estabelecido entre a conduta do agente e o resultado por ele gerado, com relevancia suficiente para formar o fato típico. Portanto, a relação de causalidade tem reflexos diretos na tipicidade e , para reconhecê-la, é preciso definir causa. [...] Para apurar se alguma circunstância fática é causa do crime, deve-se utilizar o critério do *juízo hipotético de eliminação*, ou seja, abstrai-se o fato do contexto e, se ainda o evento se produzisse, não seria ele causa do resultado.³⁰

Assim, pode-se considerar que a vontade da vítima e seu consentimento devem ser consideradas excludentes da tipicidade da conduta, segundo entendimento exposto por Ney Moura Teles:

[...] nos tipos em que o dissenso for um dos elementos do tipo, diante do consentimento, não há tipicidade. [...] Não havendo tipicidade, o fato não interessa ao Direito Penal.³¹

29 Ministério da Justiça / CECRIA / Fundo Cristão para criança. *Indicadores de violência intra-familiar e exploração sexual comercial de crianças e adolescentes*: relatório final de oficina. CESE. Brasília: CESE – Coordenadoria Ecumênica de Serviço – Ministério da Justiça/SNDH/DCA – Fundo Cristão Para Crianças, 1997. p.11. Disponível em: <<http://www.cecria.org.br/pub/pub.htm>> Acesso em 15/01/2009.

30 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*: parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 196.

31 TELES, Ney Moura, *Direito Penal*: parte geral. ed. 1. São Paulo: Atlas, 2004. v. I. p. 23.

Sem prejuízo à especial tutela do Estado em relação à criança e ao adolescente, deve-se atender aos princípios constitucionais relativos aos direitos individuais dos cidadãos, levando-se em conta as circunstâncias de fato e, não somente a interpretação literal do Art.224 CP. Destarte, ignorar a personalidade da vítima e seu comportamento na dinâmica do crime é ferir fatalmente os mais nobres princípios constitucionais relativos à matéria penal: o princípio da presunção de não culpabilidade e o direito ao devido processo legal.

Igualmente, deve-se ressaltar que os crimes contra a dignidade sexual, mais precisamente os crimes contra vulneráveis, são submetidos ao rito de ação penal pública incondicionada, o que torna mais temerária ainda aplicação da lei seca, sem circunstanciar o fato segundo o raciocínio que se propõe nesse trabalho.

De maneira ilustrativa e demonstrando a verossimilhança do disposto, pode-se imaginar uma jovem de 13 anos que tenha se envolvido com um rapaz de 18 anos, assumindo namoro e iniciando relações sexuais com ele às escondidas. Quando terminado o namoro ou mesmo descoberto pelos pais, não é fantasioso que ela se coloque como vítima da situação, sob alegação de ter sido enganada ou forçada a manter relações sexuais com esse rapaz, buscando eximir-se de sua parcela de culpa na situação.

3.2 O consentimento do menor de idade segundo o ECA

Apesar de reconhecida a necessidade de conceder tratamento diferenciado aos menores de idade, o ECA não trata os adolescentes como pessoas totalmente incapazes. Infere-se de seu texto que é reconhecida a capacidade do adolescente de entender o caráter ilícito de seus atos, tornando válido seu consentimento.

Não obstante a alteração do CPB, citada no primeiro capítulo, ter suprimido a figura da presunção de violência, o novo crime de estupro de vulnerável nada mais fez que reafirmar o mesmo raciocínio, considerando qualquer ato libidinoso praticado com menor de 14 anos crime, desconsiderando completamente a capacidade de consentimento desse menor. Observa-se que a crítica que aqui é tecida não se refere às crianças, assim consideradas pelo ECA os menores de 12 anos e não desconsidera a enorme diferença social existente no Brasil.

É certo que ainda há comunidades onde esses jovens adolescentes não são suficientemente esclarecidos acerca da sexualidade, pertencem ainda a uma estrutura patriarcal rígida ligada ainda a valores ético-morais já considerados ultrapassados nos grandes centros urbanos. Também, muitos desses jovens ainda não foram inseridos na era digital, não tendo acesso à mídia em massa e nem a programas educativos do governo.

Da mesma forma, não se sugere que o comportamento provocador da vítima sirva de escusa para a prática forçada do ato sexual ou libidinoso por parte de um adulto, e nem poderia sê-lo, uma vez que até mesmo a jurisprudência é pacífica ao reconhecer a possibilidade de estupro contra prostitutas e até mesmo entre marido e mulher, afastando o preconceito em relação a posição dessas mulheres na sociedade.

O objetivo é demonstrar é que se “para se sujeitar a medidas punitivas do ECA a vontade do adolescente é válida”³², ela também deve tomar relevo quando tratar-se desse tipo de crime para evitar que o agente seja constringido por um fato que, trando-se de maior de 14 anos, provavelmente tratar-se-ia de um irrelevante penal.

32 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 802.

A fronteira de idade estabelecida pelo Código Penal é simbólica, devendo ser considerado o desenvolvimento e a personalidade do adolescente de forma individualizada a fim de auferir seu nível de consciência e maturidade, de forma semelhante como se faz em Direito de Família, quando determinada a oitiva do menor antes da decisão judicial a respeito de sua guarda, buscando, nesse caso, sempre a melhor situação para a criança e o adolescente.

Seria ilógico debater, nos autos, a honestidade de uma menina de nove anos de idade... Entretanto, chegando a jovem de idades mais elevadas, saindo da esfera de *criança* e alcançando o estágio de *adolescente* (maior de 12 anos), cremos possível discutir a respeito de sua condição e da sua real maturidade ou imaturidade.³³

A proteção conferida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de forma alguma deve servir como escudo, retirando desses jovens adolescentes toda e qualquer responsabilidade por seus atos. Da mesma forma que são sujeitos de direito, também lhe são atribuídos deveres. Cada vez mais eles estão conscientes de seu papel na sociedade e de que devem ser responsabilizados por seus atos.

Sobre a responsabilização prevista no ECA, à criança e ao adolescente não imputa-se a prática de crime, mas sim de atos infracionais (todos aqueles equivalentes aos previstos como crimes ou contravenções penais). A diferenciação entre a capacidade de discernimento entre um e outro é evidenciada no Arts. 101 e 112 da própria Lei. O primeiro estabelece medidas protetivas para as crianças infratoras, ao passo que o segundo fixa medidas sócio-educativas para o adolescente.

As medidas protetivas aplicadas às crianças (menores de 12 anos) têm como objetivo a sua proteção, principalmente daquelas que se encontram em situação

33 Ibidem. loc cit.

irregular ou que tenham cometido ato infracional. Seu objetivo é proteger a criança, afastando-a de más influências e fornecendo as condições mínimas para seu desenvolvimento social, intelectual e moral.

Pode-se dizer que as medidas protetivas são deferidas em favor da criança justamente por tais medidas não possuírem caráter punitivo, e que a criança não pode ser responsabilizada por seus atos devido a seu estágio de desenvolvimento psicológico que não a permite ter discernimento acerca da ilicitude ou da moralidade dos seus atos. Desta forma, o Art. 101, ECA, enumera medidas que asseguram à criança o convívio familiar, a educação e seu afastamento de qualquer tipo de influências neativas ou maus tratos a que esteja sendo submetido.

Quanto ao adolescente, o ECA reconhece sua capacidade de discernimento, submetendo-o, face à prática de ato infracional, a medidas sócio-educativas (Art. 112). Diferentemente das medidas protetivas, essas são dotadas de um caráter punitivo, partindo da premissa de que o adolescente já detém a capacidade de entender o caráter ilícito de seus atos, de distinguir o bom do mau.

Se o legislador considerou que um adolescente tem capacidade para discernir o certo do errado, que pode até ser internado porque cometeu ato infracional, isso mostra que o legislador de 1990 já acreditava que o adolescente dessa época já tinha sim capacidade de dar um consentimento válido porque, se tomarmos o exemplo de um crime cometido por um adulto, e um adolescente colaborar para essa infração (havendo concurso de pessoas eles, Art. 29, *caput*, do Código Penal) ele poderá ser punido com tal internação. Se ele foi punido porque aderiu à vontade ou proposta de pessoa adulta, considera-se então que esse seu consentimento é válido.³⁴

34 ARAÚJO, Maria da Cruz. *Presunção ou menoridade presumida*. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/penal/presuncao.htm>> Acesso em 10/09/2009.

Essas medidas podem consistir em advertência, em sanções restritivas de direitos e restritivas de liberdade. No caso da mitigação de sua liberdade, reconhece-se, assim como no direito processual penal, seu direito ao devido processo legal, assegurada, inclusive, sua defesa técnica por meio de advogado. São impostas as medidas sócio-educativas fundamentadas na demonstração de indícios suficientes de materialidade e autoria do ato infracional demonstrados na instrução processual, tal qual no processo condenatório ordinário (Art. 114).

4 AS PROVAS NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

O processo penal não se conforma com ilações fictícias ou afastadas da realidade. O magistrado pauta seu trabalho na reconstrução da verdade dos fatos, superando eventual desídia das partes na colheita probatória, como forma de exararum provimento jurisdicional mais possível do ideal de justiça³⁵

No processo penal brasileiro prevalece o princípio da verdade real, admitindo-se para sua construção todos os meios de provas (princípio da ampla defesa), desde que sejam lícitos. A partir da análise das provas produzidas ao longo da instrução criminal e o livre convencimento do juiz da causa busca-se a verdade material, a reprodução mais próxima possível da realidade dos fatos.

Nessa perspectiva, tem-se que toda denúncia de cometimento de algum ilícito penal deve vir lastreada com indícios suficientes de autoria e materialidade, apurados na fase do inquérito policial e revalidados ao longo do processo criminal para que sirvam como provas, via de regra. Entretanto, quando se trata dos crimes contra os costumes, a questão da produção de provas fica prejudicada. Com poucas exceções, como o crime de estupro, a maioria das condutas previstas sob este título não permitem sua comprovação através da análise de vestígios materiais.

Nos crimes contra a liberdade sexual, normalmente não se tem como elemento essencial do tipo o contato físico do agressor com a vítima, dificultando que se encontre qualquer vestígio material da agressão por exame de corpo de delito, por exemplo. Da mesma forma, verifica-se que tais ilícitos normalmente ocorrem às escondidas, em ambientes privados e sem testemunhas, o que dificulta a produção de provas.

35 Távora, Nestor, ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*, 3. ed. Bahia: Jus Podvim. p. 48.

Nas denúncias de crimes sexuais são raros os exames de perícia conclusivos, seja em razão do tempo decorrido entre o ato e o exame, seja devido à atitude da vítima de tomar banho, seja pela dificuldade de detectar vestígios inerentes ao ato (alguns casos de atentado violento ao pudor, ou de estupro de mulher não virgem), ou outros motivos. Quando isso ocorre, é a palavra da vítima contra o agressor . Se a palavra da vítima constitui-se em elemento fundamental a ser trabalhado na construção das evidências, por isso mesmo, seu perfil identitário e comportamental, e não apenas o do agressor, conforme afirma a delegada, deve ser reconstituído.³⁶

A partir desse tipo de constatação percebe-se quão frágil é a questão da prova produzida na apuração desses crimes. Há diversas classificações para os meios de provas aceitos hoje, porém, é de interesse ao tema desenvolvido tratar de duas espécies de classificação apenas: quanto ao seu valor e quanto ao seu caráter pessoal ou real.

Diferentemente do que ocorre no Processo Civil, qualquer pessoa é admitida como testemunha no Processo Penal, não se admitindo a arguição de suspeição ou impedimento para desconsiderar seu depoimento. Nos casos relacionados aos crimes contra os costumes, sobretudo, dá-se especial importância à colheita e análise dos depoimentos, uma vez que a produção de provas reais é prejudicada. Nesse contexto, há uma tendência à supervalorização do depoimento da vítima (HC 73662 / MG, STF). De fato, deve ser reconhecida, por todo o exposto, a dificuldade de comprovação da agressão sofrida e a legitimidade da valoração diferenciada do seu depoimento, entretanto é necessário cautela.

Dados estatísticos demonstram a dificuldade de se utilizar a prova pericial, obtida por meio do exame de corpo de delito para comprovação de autoria e materialidade do delito:

A grande maioria das vítimas de violência sexual atendidas no IML é do sexo feminino (94,14%) e a faixa etária predominante é menor de 18 anos (72,39%). 60,57% fazem queixa de estupro. Desses casos, 44,63% apresentam hímem íntegro e apenas 13,30% foram comprovados como sendo estupro propriamente dito. 21,38% apresentaram queixa de sedução, sendo que 78,05% pertencem à faixa etária de 14 a 18 anos, dos quais

36 VARGAS, Joana Domingues. *Crimes Sexuais e sistemas de justiça*. São Paulo: IBCCrim, 2000. p.71.

67,18% revelaram hímem com roturas não recentes. Apenas 9,37% das queixas de sedução apresentam hímem com rotura recente. Os casos com queixa de ato libidinoso diverso de conjunção carnal representam 17,95%, predominando o sexo masculino (56,65%) e menores de 14 anos (88,33%). Em apenas 30% foi possível comprovar a queixa. Ainda com relação a ALDC, 91,83% foram coito anal. Com referência ao intervalo de dias entre a agressão e a perícia, 11,20% compareceram nas primeiras 24 horas, 44,79% de 1 a 7 dias, 8,07% de 7 a 15 dias e 30,21% após 15 dias. Ou seja, praticamente metade dos casos comparece na primeira semana para a perícia. Assim, os autores concluem que há baixa positividade das perícias, vinculada a vários aspectos, como exemplo a pequena porcentagem das vítimas que procuram o IML precocemente, a ausência de vestígios, a falta de conceituação e a dificuldade em se enquadrar nos artigos da lei.³⁷

Em relação a seu valor, as provas podem ser plenas e não plenas. As primeiras são as chamadas “fundadas razões, indícios suficientes”³⁸, provas exigidas para que se possa condenar um indivíduo pela prática de determinada conduta. As provas não plenas são aquelas que servem como justificativa para a tomada de medidas cautelares, assecuratórias. Pode-se dizer que indicam a existência do *fumus boni juris*. No entanto, acerca de sua valoração, as provas são consideradas reais quando consistem em coisa ou bem exterior ao indivíduo³⁹ (provas periciais) e são pessoais quando contaminadas pela subjetividade de quem as fornece (é o caso dos depoimentos).

Dessa forma, não obstante a real necessidade de considerar-se o depoimento da vítima com especial atenção, deve ser feito com cautela sob o risco de desprezar-se a necessidade de apurar-se a verdade dos fatos, objetivamente ditos. Não se pode julgar uma conduta baseada precipuamente em valores pessoais. Outrossim, tratando-se de crimes contra a liberdade sexual fica-se sobremaneira sujeito a denúncias caluniosas, fruto de

37 Cohen, Cláudio; Matsuda, Neusa E.. *Crimes sexuais e sexologia forense: estudo analítico*. Disponível em: <<http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=lnk&exprSearch=97837&indexSearch=ID>> Acesso em 08/10/2008.

38 MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.251.

39 Ibidem. p. 252.

desavenças, passionais ou até mesmo que tenham como causa desilusões amorosas, sobretudo quando se fala de pessoas que estão iniciando sua vida amorosa.

Toda e qualquer responsabilização criminal no Direito Brasileiro deve provir de uma sentença judicial condenatória e fundamentada, que, por sua vez, é fruto do que se chama de livre convencimento do juiz e que se dá segundo a verossimilhança dos fatos imputados ao agente e os indícios suficientes de autoria e materialidade do fato, colhidos e validados ao longo do curso do inquérito policial e da instrução criminal (Art. 239, CPP).

São estes últimos as provas de maior relevância no processo penal, pois ajudam o magistrado a reconstruir o fato, podendo criar um cenário que o permita concluir pela inocência ou condenação do réu. Sua importância é tamanha que sua falta enseja a absolvição do mesmo. Sobre sua finalidade, preleciona Nestor Távora:

O convencimento do julgador é o anseio das partes que litigam em juízo, que procurarão fazê-lo por intermédio do manancial probatório carreado aos autos. Esta é a fase da instrução processual, onde se utilizam os elementos disponíveis para descortinar a ‘verdade’ do que alega, na busca de um provimento judicial favorável.⁴⁰

Em regra, só se admite a violência real comprovada nos autos como causa de condenação do réu em processo penal, tendo em vista o corolário dos direitos constitucionais da presunção de não culpabilidade e do devido processo legal. Entretanto, em se tratando de crimes contra os costumes, tem-se a relativização desses princípios. A partir do momento em que se estabelece uma conduta como criminosa sem circunstaciá-la, acaba-se mitigando as possibilidades de argumentação do réu, pois só restará à sua defesa a

40 Távora, Nestor, ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*, 3. ed. Bahia: Jus Podvim. p. 308-309.

possibilidade de negativa de autoria, uma vez que o consentimento da vítima não muda em nada sua situação.

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo penal todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*pau conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.⁴¹

Dessa forma, é possível questionar-se qual a validade da instrução criminal nesses casos, uma vez que o meio de prova do delito é eminentemente testemunhal, inexistindo, na grande maioria dos casos, prova material. Não havendo vestígios materiais e partindo-se da premissa de que todo ato de cunho sexual realizado com jovens menores de 14 anos é considerado crime, o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório é menosprezado.

Para essa discussão, é de suma importância compreender o disposto inicialmente nesse trabalho acerca da evolução dos costumes na sociedade, da alteração dos valores morais e da função do direito na sociedade (sobretudo na esfera penal), assim como a valoração ético –moral existente atualmente entre os jovens.

41 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 93.

5 NECESSÁRIA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DO ACUSADO

Faz alguns anos, um músico de Porto Alegre foi acusado de abuso sexual de crianças e recolhido ao Presídio Central. Não havia cometido os crimes de que era suspeito. Durante a noite, com a participação ativa de policiais, foi obrigado a fazer sexo oral com outros presos (sob a mira dos carcereiros), teve suas roupas arrancadas e foi depilado, estuprado e espancado por vários colegas de ‘quarto’. O estresse foi tão grande que o músico, Diógenes de Lima, desenvolveu um surto psicótico e suicidou-se no Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso, em Porto Alegre, graças a negligência da instituição, enforcando-se com sua cueca.⁴²

O relato acima é apenas em exemplo da agressão a dignidade da pessoa humana que representa uma acusação de estupro contra menor em nossa sociedade. Embora possa parecer algo desumano, uma forma de vingança grotesca e extrema, essa é a realidade que essas pessoas encontram dentro dos presídios, mesmo que estejam sob prisão preventiva, o que não raras vezes é decretada até como forma de se assegurar a integridade física do acusado, o que torna-se contraditório.

Os presos consideram-se atingidos por este tipo de crime, devido à condição imposta pelo encarceramento: estando fora do convívio em sociedade, são impedidos de defender suas mulheres e filhas, alvos potenciais deste tipo de crime. Tal justificativa, a defesa de um bem privado, perpassa os discursos de todos os envolvidos ou possíveis envolvidos com o problema. Ao longo do trabalho de campo, ela foi formulada não só por presos, policiais, vítimas e seus parentes, como também por promotores e juízes. A pergunta clássica é: ‘e se fosse sua filha?’. Na resposta está incutida a justificativa da vingança privada.⁴³

O estupro é um crime que tipicamente provoca repulsa na sociedade e transcende da esfera de comoção daqueles envolvidos no fato para o meio social em que se encontram. É um crime tido como injustificável e aquele que o comete deve ser banido e

42 Ministério da Justiça / CECRIA / Fundo Cristão para criança. *Indicadores de violência intra-familiar e exploração sexual comercial de crianças e adolescentes: relatório final de oficina*. CESE. Brasília: CESE – Coordenadoria Ecumênica de Serviço – Ministério da Justiça/SNDH/DCA – Fundo Cristão Para Crianças, 1997. Disponível em: <<http://www.cecria.org.br/pub/pub.htm>> Acesso em 15/01/2009.

43 VARGAS, Joana Domingues. *Crimes Sexuais e sistemas de justiça*. São Paulo: IBCCrim, 2000. p. 115

castigado severamente como se perdesse toda sua humanidade, tornando-se um animal, um monstro.

Esta classe de fenômenos, abusos sexuais contra crianças, produz, em muitos membros da comunidade, sentimentos de raiva e desprezo que fazem com que diversos agressores sexuais, quando descobertos, sejam agredidos de maneira estremada, linchados, induzidos ao suicídio e, já quase uma lenda urbana, currados nos presídios.⁴⁴

O sexo, assim como o pudor, são instintos inerentes ao ser humano, como o impulso que o indivíduo tem de proteger aqueles de sua rede familiar. Como esses instintos são primitivos, provocam uma reação violenta e também primitiva contra quem os fere. São comuns casos de linchamento e da dificuldade reinserção social daquele indivíduo devido ao forte preconceito criado, mesmo que tenha sido absolvido.

Essa condenação popular é anterior ao processo criminal e independe da sua condenação. As sequelas deixadas por uma acusação desse tipo na vida do indivíduo são de grandezas incalculáveis e irreparáveis. A suspeita permanece como uma sombra que normalmente acompanha o acusado por toda sua vida. Dessa forma deve-se atentar à proteção da dignidade humana também do suspeito.

A mídia em muito maximiza esses efeitos, como foi o caso da Escola Base, ocorrido em meados de março de 1994. Em menos de 30 dias, o casal Maurício e Paula Alvarenga, donos da escola infantil, tiveram suas vidas reviradas e destroçadas por conta da acusação infundada de duas mães. O inquérito foi arquivado por falta de indícios de materialidade e autoria.

44 Ministério da Justiça / CECRIA / Fundo Cristão para criança. *Indicadores de violência intra-familiar e exploração sexual comercial de crianças e adolescentes: relatório final de oficina*. CESE. Brasília: CESE – Coordenadoria Ecumênica de Serviço – Ministério da Justiça/SNDH/DCA – Fundo Cristão Para Crianças, 1997. p.11. Disponível em: <<http://www.cecria.org.br/pub/pub.htm>> Acesso em 15/01/2009.

Notícias como essa, de abuso sexual, principalmente envolvendo crianças, têm grande repercussão e, apesar de todo o rigor das matérias, que procuravam não acusar ninguém, surge a vontade da população de fazer justiça com as próprias mãos. Resultado: a escolinha foi depredada. Começava também o linchamento moral dos envolvidos. Todos tiveram que abandonar suas casas para não receber castigos físicos por um crime que não haviam cometido.⁴⁵

O direito processual penal é regido por dois princípios em relação à tutela do melhor direito. O primeiro prevalece da fase inquisitorial até o recebimento da denúncia, trata-se do *in dubio pro societate*, que visa tutelar a sociedade em relação à conduta delitiva realizada. Após o início do processo penal propriamente dito, temos como inquestionável o princípio *in dubio pro reu*.

Este último preleciona que o réu não pode ser condenado por meras suspeitas ou suspeitas infundadas, a dúvida deve absovê-lo. A imputação feita ao réu deve vir acompanhada de indícios suficientes de autoria e materialidade que comprovem a sua veracidade. Corroborando esse princípio, identificamos o princípio da presunção de não culpabilidade, consagrado, assim como o anteriormente citado, em nossa Carta Magna:

Todo acusado é presumido inocente até que se comprove legalmente e judicialmente sua culpabilidade. A culpabilidade (que aqui significa fatos e participação nesses fatos do acusado) precisa ser comprovada, isto é, demonstrada, evidenciada no processo. Não pode, evidentemente, ser presumida pelo legislador. E quando isso ocorre, dá-se um choque entre duas presunções: uma de natureza constitucional e outra de natureza legal. Tem preferência obviamente a primeira. O art.224 do CP, em conclusão, na parte em que presume a violência, conflita com o princípio constitucional da presunção de inocência. Não foi recepcionado (parcialmente) pela Constituição brasileira de 1988, porque desobriga o acusador daquele

45 BRIGATTO, Gustavo Guedes, PINTO, Paulo Rodrigo Ranieri Dias M., DOMENICI, Thiago Rafael. *Ética na imprensa brasileira na década de 90 e as lições do caso Escola Base*. Disponível em: <<http://escola.base.sites.uol.com.br/monografia.pdf>> Acesso em 09/10/2009.

‘mínimo probatório’ (relacionado com a violência), sem o qual a presunção de inocência resulta intacta..⁴⁶

Como se pode denotar dos fatos narrados, a sociedade tende a não reconhecer esses direitos quando tratamos desse tipo de crime, o que enseja já citada condenação popular do acusado, que por vezes traz mais danos à integridade moral e física do acusado que a condenação penal propriamente dita.

O caso abaixo é exemplo típico em que, pela situação de fato e considerando-se a letra da nova lei, sob sua interpretação literal, o crime de estupro estaria configurado sem sombra de dúvidas:

Uma mãe denunciou, na delegacia do bairro e no Conselho Tutelar de sua região, que sua filha, de 13 anos, fora vítima de abuso sexual e de seqüestro perpetrados por um jovem de 19 anos. Motivados pela veemência do discurso e pela ansiedade da mãe, tanto os policiais como os conselheiros se apressaram em tomar providências. Os envolvidos foram trazidos para avaliação médico-psicológica na qual se constatou que a adolescente mantinha um relacionamento conjugal estável com o jovem, morava na casa dos pais deste e estava em final de gestação. Havia fugido da casa materna devido à instabilidade psicológica da mãe e a constante falta de comida. Sua nova família havia providenciado sua volta à escola e o atendimento pré-natal.⁴⁷

Ante o exposto, demonstra-se a premente necessidade de prestar-se especial atenção também a proteção dos direitos individuais do suspeito nesses casos. O dever de proteção à sua dignidade é dever da autoridade policial, do Ministério Público e do magistrado ter cautela e imparcialidade a fim de agir com prudência e sabedoria em relação aos direito de ambas as partes envolvidas no caso.

46 GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de Violência nos Crimes Sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 122.

47 Ministério da Justiça / CECRIA / Fundo Cristão para criança. *Indicadores de violência intra-familiar e exploração sexual comercial de crianças e adolescentes: relatório final de oficina*. CESE. Brasília: CESE – Coordenadoria Ecumênica de Serviço – Ministério da Justiça/SNDH/DCA – Fundo Cristão Para Crianças, 1997. p.11. Disponível em: <<http://www.cecria.org.br/pub/pub.htm>> Acesso em 15/01/2009.

CONCLUSÃO

A violência e a exploração sexual da criança e do adolescente dem ser severamente coibidos pelo Estado. Todavia, deve se considerar que a forma da juventude relacionar-se com a sexualidade tem se modificado consideravelmente ao longo das últimas décadas.

A televisão, os jornais, a internet são meios pelos quais o jovem tem acesso à informações sobre o assunto e que assumem papel de grande relevância no estímulo dessa sexualidade. A cultura da sedução, do erotismo e do desejo cada vez mais permeia o relacionamento entre esses jovens.

Nesse contexto, percebe-se a necessidade de adequação da norma ao fato concreto, sem desprezar nenhum de seus elementos, principalmente a vontade e o consentimento da suposta vítima. Segundo o texto atual do Código Penal, o estupro de vulnerável é processado sob o rito de ação pública incondicionada, o que requer mais atenção e zelo por parte das autoridades responsáveis por sua apuração, devido a grande carga de valoração ético-moral que envolve sua interpretação.

A iniciação sexual prematura desses jovens é caso de saúde pública. Mais importante e eficaz que punir penalmente o parceiro maior de idade, é instituir programas educativos e de conscientização do jovem em relação a sexualidade, tornando-os mais esclarecidos sobre a forma de lidar com essa descoberta e seus riscos.

Pesquisas revelam que a maior parte dos abusos sexuais cometidos contra a criança e o adolescente acontecem no ambiente familiar, o que ressalta a necessidade de saber

diferenciar quando a relação entre dois jovens configura abuso ou um simples namoro, uma vez que é nessa fase que começa a descoberta sexual do adolescente.⁴⁸

Se de um lado há a preocupação em relação a proteção do menor de 14 anos, do outro também deve haver a preocupação de zelar pela dignidade do acusado, devido ao sensacionalismo que comumente a notícia desse crime alcança. Mais uma vez é válido lembrar que não se quer defender a impunidade nesses crimes, mas sim submeter os suspeitos ao devido processo legal e reconhecer que deve prevalecer o princípio da presunção de não culpabilidade.

Não se deve confundir padrões íntimos e pessoais de moralidade com o parâmetro ético-moral médio estabelecido naquele meiosocial. O princípio da adequação social deve ter especial relevo quando se trata de crimes relacionados à liberdade sexual.

Dessa forma, conclui-se ser legítima a preocupação em relação a tutela do adolescente contra a violência sexual. Entretanto essa proteção não pode torná-lo completamente irresponsável por suas condutas. Deve ser reconhecida, em face do caso concreto, sua capacidade ou não de autodeterminação a fim de, no contexto evolutivo-cultural da sociedade atual, zelar, sobretudo, pela dignidade da pessoa humana, trate-se da vítima ou do acusado.

⁴⁸ Ministério da Justiça / CECRIA / Fundo Cristão para criança. *Indicadores de violência intra-familiar e exploração sexual comercial de crianças e adolescentes: relatório final de oficina*. CESE. Brasília: CESE – Coordenadoria Ecumênica de Serviço – Ministério da Justiça/SNDH/DCA – Fundo Cristão Para Crianças, 1997. p.11. Disponível em: <<http://www.cecria.org.br/pub/pub.htm>> Acesso em 15/01/2009.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 163

ARAÚJO, Maria da Cruz. *Presunção ou menoridade presumida*. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/penal/presuncao.htm>> Acesso em 10/09/2009.

BOUDON, Raymond. BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. 2.ed. São Paulo: Atica, 2007. p. 606.

BRIGATTO, Gustavo Guedes, PINTO, Paulo Rodrigo Ranieri Dias M., DOMENICI, Thiago Rafael. *Ética na imprensa brasileira na década de 90 e as lições do caso Escola Base*. Disponível em: <<http://escola.base.sites.uol.com.br/monografia.pdf>> Acesso em 09/10/2009.

COHEN, Cláudio; Matsuda, Neusa E.. *Crimes sexuais e sexologia forense: estudo analítico*. Disponível em: <<http://bases.bireme.br/cgi->

GOMES, Luiz Flávio. *Reforma penal dos crimes sexuais*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050411115926168> Acesso em: 10/08/2009.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. ed. 5. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. v. I.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

HUNGRIA, Nelson apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. ed. 3. Rio de Janeiro: Impetus. v. III.

LOPES, Luciano Santos. *A verificação de uma valoração ético-sexual nos elementos normativos dos tipos legais dos crimes contra os costumes*. Disponível em: <<http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/bkp/art1.doc>> Acesso em 14/10/2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA / CECRIA / FUNDO CRISTÃO PARA CRIANÇA. *Indicadores de violência intra-familiar e exploração sexual comercial de crianças e adolescentes: relatório final de oficina*. CESE. Brasília: CESE – Coordenadoria Ecumênica de Serviço – Ministério da Justiça/SNDH/DCA – Fundo Cristão Para Crianças, 1997. p.11. Disponível em: <<http://www.cecria.org.br/pub/pub.htm>> Acesso em 15/01/2009.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.251.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 93.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, André Luis Callegaro. *Beijar e matar, pena mínima de seis anos de reclusão: a teratológica legislação criminal de condutas indeterminadas*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18672/Beijar_e_matar_pena_m%C3%A9xima.pdf?sequence=2> Acesso em 09 de outubro de 2009.

PONTUAL, Helena Daltro. *Internet é principal meio de divulgação da pedofilia*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/comunica/agencia/entenda/pedofilia.htm>. Acesso em 18/10/2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. I.

SANCHES, Eduardo Jesus, TASQUETTO, Lucas da Silva. *Lei 11.106/2005: uma análise crítica frente às alterações do código penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.ufsm.br/direito/artigos/penal/san_tasq_altcp.htm> Acesso em: 02/10/2009.

SASSON, Emily. *Gravidez na adolescência: a cada 18 minutos uma menina de 10 a 14 anos dá à luz a uma criança, no Brasil*. Disponível em: <<http://especiais.fantastico.globo.com/ligadasmulheres/tag/casa-do-adolescente/>> Acesso em 20/09/2009.

SELL, Sandro César. *Zonas de incerteza punitiva*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9079>> Acesso em: 10/10/2008.

TÁVORA, Nestor, ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*, 3. ed. Bahia: Jus Podvim. p. 48.

TELES, Ney Moura, *Direito Penal: parte geral*. ed. 1. São Paulo: Atlas, 2004. v. I, p. 94.

VARGAS, Joana Domingues. *Crimes Sexuais e sistemas de justiça*. São Paulo: IBCCrim, 2000.